

學
生
修
士
論
文

離婚による財産分與と扶養料の一側面

——離婚法近代化の態様——

鈴木 敏 和

一、離婚法近代化の問題

近代は加速度的に變化を示して變轉する時代である。特に産業革命を轉機として、人間の生活は經濟的な面で著しい繁榮を経験した。それに伴つて、おおくの制度的な變化もまた、近代的な急變貌を遂げねばならなかつた。こんな中にあつて、婚姻に關する制度だけは、さほど變化しないものの典型として、かぞえられ得る。しかし僅かではあつたが、そしてしばしば後退することがあつたが、ともかく、宗教上の制約から解放され、また自由化される、近代化の二趨勢があつた。^(註一)

この婚姻法の近代的發展を制約するものは、親族關係及び親族法のもつてゐる特有的性格の内に含まれてゐる。^(註二)すなわち親族の法は、傳統、習慣、風俗の諸面から、前近代的なものをぬぐい去り得ないか、または、近代的立法がなされても、前時代的な思想と妥協する結果となる。^(註三)例えば、わが國の近代親族法たる舊法（明治三十一年より昭和二

十二年まで、施行された民法親族編。以下、便宜上こうよぶ。は、個人主義的な原理と家族主義的な原理とが、低觸し合う諸點が存在し、近代民法としての合理的な諸面を、前近代的な習俗、慣行の影響より逃れさせ得なかつたのである。

離婚の問題も婚姻制度の近代的二趨勢のもと、親族法發達の遲進性の中で、離婚の際の財産分與、子の扶養といった經濟的な制約をうける諸點で、除々に近代化をとげねばならぬ必然性があつた。實際、夫の一方的な棄妻であり得た離婚を、妻の人格を尊重しての法定離婚原因による離婚に法定しても、一方では協議離婚制度という事實上の棄妻制度で、他方では、妻に離婚後の經濟的な保護を與えないという點で、離婚制度それ自體が、前近代的に運用されたのである。もつとも、離婚の際、妻に經濟的な保護を與えて、眞に離婚制度を近代的に運用して行こうとする動きが、ないではなかつた。大正十四年臨時法制審議會「民法親族編中改正の要綱」は、第一七に離婚に因る扶養義務を規定し、又昭和二十一年臨時法制調查會「民法改正要綱」第一七は離婚にもとづく財産分與を規定し、それぞれ立法化されようとしたのは、離婚法の遲進性と時代適合性——近代化の特質を示しているといえよう。

財産分與の形で、離婚した妻を保護しようという考えは、新法（昭和二十一年より施行された民法親族編、以下これにならう）七六八條において結晶したが、規定それ自體が曖昧であり又本邦に於いては、財産分與の制度が過去に於いて存在せず、したがつて法的傳統として規定の運用を助けるべきものは、ほとんどない。それにも拘わらず、新法七六八條は、離婚法にとつて一つの前進を意味している。それは離婚に於ける個人主義的原理を明確にうちたて、離婚の歸責と離婚後の經濟的な問題を、なんらかの形で解決しようとしている。さらにこれは財産分與と規定されながらも、離婚後の妻の扶養とも考えられている。^(註七)過失、責任の如何を問わず、經濟的劣位者は保護されるべきである

とする、近代社會保障法の立場と呼應しながら、國による扶養以前に、離婚した夫による扶養の概念もまた、妻のためには用意されなければならないであろう。しかしわが國には、嘗つて離婚後の妻の扶養は考えられなかつたのである。離婚法の近代化、それは、眞に對等な配偶者の形成を試みねばならないのである。

(註一) Max Reinstein, Trends in Marriage and Divorce Law of Western Countries: Law and Contemporary Problems Vol. 18, winter (1953) No.1, p.3.

(註二) 橋本文雄「市民法と社會法」二七三頁以下。

(註三) 現行民法典親族編には、この例がおおくある。例えば氏や戸籍などで顯著である。この點に關して、外岡茂十郎「親族法の特殊研究」氏の性格。

(註四) 外岡茂十郎「親族法の特殊研究」明治維新以降における親族法の變遷一二二頁以下。

(註五) 中川善之助「民法」Ⅲ岩波版(昭和一六年)六六頁。

(註六) 勿論、わが國の舊民法修正案初稿には、離婚過失者の扶養義務の規定があつたが、法律としては施行されなかつた。この點に關しては、増淵俊一氏「現行民法親族編相續編の成立及び解釋と改正の要綱」法政研究七卷一號二六五頁以下。

(註七) 財産分與の扶養的性格に關しては、佐々木宏「離婚による財産分與の法的性格」早稻田法學第三十卷四四三頁以下。又清算的性格に關しては小池隆一「離婚による財産分與の性質について」法學研究二十九卷一號十三頁以下。

二、離婚婦保護の態樣

離婚の最初が棄妻であり、社會的法律的な規範が、これをいかに制限するかが離婚制度發展近代化の第一歩である。棄妻制限のための特定事由の確立は、本邦に於いては遠く大寶令戸令に所謂「七出三不去」の制あり、又キリスト教の影響下のヨーロッパに於いては、聖書を根據として絶對的^(註一)な棄妻制限がなされていた。新教出現以前のヨーロッパ

に於いては、したがつて離婚制度は發達しないで、それにかわる別居制度が、教會中心に發展した。かくて、別居のみを認めて離婚を認めない故に、妻の財産上の保護の問題は純粹に扶養の問題として出現したのである。離婚法の近代化がヨーロッパでなされたのは、新教のもとに於いてである。

キリスト教下の婚姻非解消主義が絶對的でなくなつたのは、當時、續々と強大になりつつあつたヨーロッパ諸國の國民國家の統制力が、舊教會の統制力を廢除したり、また婚姻そのものが、近代における家族生活の實質の變化にもなつて結合の形態を變えたことなどに由來する。^(註三)もとより新教會が離婚を許したといつても、私人の恣意により、みだりに行われることに關しては充分な注意をはらつた。第一は法定離婚原因を確立してそれに該當する事實なき限りは、離婚をおこなうことを得ずとした。第二には離婚請求權の行使方法を、離婚の訴によることを主張し、通常、形成權のごとく單なる意思表示をもつて行うことを得ないものとした。これの目圖するところは婚姻の維持、離婚の防止にあつたことはいふまでもない。^(註三)

この新教會で發達して、近代國民國家にうけつがれた裁判離婚原因は、有責主義をとり離婚を許すことが妻の保護になる、という立場をとつた。したがつて、いかなる理由に據つて離婚を許すかが、まず求められる發展過程であつた。

離婚原因の擴大は離婚法近代化の第一歩であつたが、最初是有責主義をとつたから、姦通と惡意の遺棄にはじまり、ついで姦通の概念を重婚にひろげ、惡意の遺棄を虐待、殺害企圖、重大な侮辱等々まで擴大して、離婚自由を確保して行つた。自然法學者達の主張も男女の結合と分離を極端に自由化したのであるから、近代化の最初は有責主義をとりつつ、法定離婚原因擴大へとむかつたのである。したがつて、その人の責任ではなしに精神病にかかり、

離婚せられるのは有責主義をとる離婚法にとつて勿論、また個人の道徳上の問題からも、反對せらるべきものであつた。しかしプロイセン民法は、一七四〇年のフリードリッヒ法典に據つて、^(註四)精神病もまた離婚原因になるとした。これは上記の理由でおおくの非難があり、改正せられんとしたが果されず、他のドイツ立法もこれに倣つて、續々精神病を離婚原因と規定したのである。精神的な共同關係が、精神異常者にあつては不可能であるから、というのがその論據であつた。^(註五)

この精神病を離婚原因と認めたことは、離婚法に一つの轉換をもたらした。すなわち有責主義から目的主義へである。離婚が認められるのは、配偶者のどちらかに婚姻を繼續しがたい有責の事實があるからではなくて、なんらかの事由によつて、婚姻の目的をとげなくなつた故であるとするのである。離婚は懲罰ではなく、つねに人格尊重の立場にたたねばならぬから、目的主義の採用が自由思想の進展とともに、再びあらわれて離婚法近代化の一翼を荷うのである。

近代的意義における目的主義は、正常なる婚姻狀態の尊重が主眼である。すなわち婚姻當事者双方の完全なる合意と、それにもとづく全人格的共同生活の尊重である。したがつて離婚は、この共同生活が相互にとつて繼續しがたいものとなつたというだけの理由で、直接相手方の有責行為によらずになされ得る。離婚の繼續が不能か否かを主觀的に判斷せんとするのである。これは窮極において、婚姻の民事契約制の重視の故に、協議離婚制に至る。

離婚法の近代化に、二つの焦點をもつてなされて來た。^(註七)すなわち離婚婦の保護の問題と、離婚夫婦間の子女の保護の問題、これである。離婚原因の限定列擧も、その原因の擴大も、相對的離婚原因の採用もすべて、この線にそつてきている。しかし協議離婚はフランスの例で明らかなごとく、かえつて自由であるが故に、離婚婦の保護に缺くるう

らみがあつた。^(註八) あげて夫の經濟生活に協力してきた妻は、離婚によつて、みずからの生活手段を失うことになる。妻に經濟的な能力がないときは、解放せらるべき婚姻すなわち、失わるべき生活手段である。離婚法近代化の最終的な目標は、いかにして、妻を經濟上保護して離婚の實を上げうるかに存する。目的主義をとり、相對的離婚原因主義をとる以上、損害賠償理論では不十分である。かくして離婚後の扶養、及び離婚による夫婦財産清算の問題を生じてくるのである。

實際、經濟的裏付けを缺いて離婚自由などというものがあり得ようはずはない。協議離婚の結果、この財産分與の額が名目的なものにならしめられるにせよ、まず規定のうえから形式的には離婚婦は、保護せられる。しかし、わが國は別居制度及び嚴格な裁判離婚制度を経験しなかつた。したがつて別居手當や、離婚後の扶養というものを知らない。しかして、七六八條の規定は、はなはだ曖昧であり、その財産分與の性格もはつきりしない。財産分與をどのように理解したならば、真に、離婚婦を保護し、離婚を意義あらしめるかが、次の問題として表われてくるであらう。

(註一) 新約聖書マタイ傳一九章六節に、「神の合せ給ひし者は人これを離すべからず」とあり、又コリント前書七章一〇節に「われ婚姻したる者に命ず(命ずる者はわれにあらず主なり) 妻は夫と別るべからず」とある。

(註二) 長谷川如是觀「自由離婚論」家族制度全集史論編Ⅱ離婚三八頁以下。

(註三) 栗生武夫「婚姻法の近代化」一五七頁。

(註四) 穗積重遠「精神病離婚原因論」家族制度全集史論編Ⅱ離婚一三三頁以下。

(註五) 栗生武夫、前掲書一三〇頁。

(註六) 近代離婚法は、有責主義を基調として、目的主義による大幅な修正がなされて行く過程をとるが、古代にも目的主義があつた。例えば本邦、大寶令戸令の「七出三不去」中の「無子」などこれである。穗積重遠、前掲書一六二頁以下。ただ古代の目的主義の目的は、家の維持發展にあつた點で、近代の目的主義とは、本質的に異なる。

(註七) 離婚法近代化を二つの焦點をもつ階圓にいみじくも例えたるは、中川善之助「婚姻と離婚」一〇六頁。

(註八) 近代的な意味における最初の協議離婚法であつたフランス革命直後の離婚法は、完全な無制限離婚法であつたが、そのあまりに専恣におもむく傾向故に、ついであらわれたナポレオン法典は結婚後二年間は協議をみとめず、又夫二十五歳妻二十一歳以下の場合も協議ができないとした。

三、財産分與規定をめぐつて

わが國の民法は離婚婦を經濟的に保護する規定を新民法が出現する迄もつていなかった。ただ離婚について配偶者の一方に明らかなる不法行爲の存在するときは、損害賠償、慰藉料の請求ができたが、協議上の離婚制度があつて、直接的な離婚原因の明確化をば、したがつて損害賠償の基礎も又不明確にされて來た。正常の婚姻狀態が破綻すると法の規定によつても、妻は經濟的な危險に陥ることの犠牲で離婚を得るか、又は不本意な婚姻狀態をつづければならなかつた。

大正十四年親族法改正要綱は相對的離婚原因を認めた故に、離婚後も配偶者の一方に扶養の義務を與えた。これは過失なくして離婚の止むを得なくなつた配偶者の一方に法律上の救済がなく、時には甚だ不當悲惨なものとなる故、離婚は許すが扶養は斷たぬことが適切だと考えられたからである。それ故夫婦たりし者は、離婚後も扶養義務があることを本則とし、その程度方法は當事者の協議にまかせ、家事審判所が最後の裁決をなすべきものとしたのであつた。(註一)

憲法の改正にともない舊法の改正が要請され、昭和二十一年には司法法制審議會決議によつて、民法改正要綱が幾次の要綱案を経て完成した。(註二)これは大正十四年の臨時法制審議會の改正要綱が「配偶者ノ一方ガ將來生計ニ窮スルト

認ムベキトキハ相手方ハ原則トシテ扶養ヲ要スルモノ」としたのに反して「離婚したる者の一方は相手方に對して相當の生計を維持するに足るべき財産の分與を請求しうるもの」と云う新しい案であつた。生計に窮すると否とを問わず、相當の生計を維持するに足る財産分與ができるとも、又、相當の生計を維持するに足る資産があれば分與しなくてもよいとも解されるが、この表現は、臨時法制審議會の相續編改正要綱（昭和二年）第一の二の家督相續のときの財産分與に關する「前項ノ配分ハ相續財産ノ狀態ト分配ヲ受ケル者ノ員數、資力、職業、家ニアルト否等、諸般ノ事情ヲ斟酌シ相當ノ生活維持ヲ標準トシテ之ヲ定ムルモノトスルコト」と云う表現と對應するものである。すなわち財産分與の請求は生計に窮しなくてもできるということを根本にしていたのである。^(註三)

改正要綱は新法法案となつてまず「協議上ノ離婚ヲ爲シタル者ノ一方ハ相手方ニ對シテ相當ノ生計ヲ維持スルニ足ルベキ財産ノ分與ヲ請求スルコトヲ得前項ノ規定ニ依ル財産ノ分與ニ付テハ裁判所ハ當事者双方ノ資力其他一切ノ事情ヲ斟酌シテ分與ヲ爲サシムベキヤ否ヤ並ビニ分與ノ額及ビ方法ヲ定ム」とされたが、第三次案以後七次案迄は「相當ノ生計ヲ維持スルニ足ルベキ」が「相當ノ財産」の分與を請求し得ると改正され、更にそれに協議による分與を認め、二項は「前項ノ規定ニ依ル財産ノ分與ニ付キ當事者間ニ協議調ハザルトキハ當事者ハ家事審判所ニ對シ協議ニ代ハル處分ヲ請求スルコトヲ得、但離婚ノ時ヨリ二年（三次案より五次案迄は三年）ヲ經過シタルトキハ此限ニ在ラズ」として扶養的救済的性格より財産分與的になつた。新法七六八條になつて「相當ノ」と云う表現がなくなり、六次案第三項迄あつた「前項ノ場合ニ於テ家事審判所ハ當事者双方ノ資力其ノ他一切ノ事情ヲ斟酌シテ云々」と表現されたのが「當事者双方がその協力によつて得た財産の額云々」と改正された。^(註四) すなわち額の實際的基準が示されず、生前相續的な意味を含めて兩者で築き上げた財産を基礎として分與せられることとなつた。^(註六) 勿論これはかなりの額、

たとえば二分の一なり三分の一なりを分與することを含んでの上の妥協立法であつたらうが、基準が明確にされなかつたのは、家事審判所の設置が當事者考えられており、それによつて具體的な一つ一つの場合をより合理的に解決できるように裁判官の自由裁量の巾をひろくとりたかつたに外ならぬ。具體的には財産分與の本體を實質的な共有財産の分割とも扶養料とも相續期待權保護とも見ていたのである。^(註七)こゝで注意しなければならないのは、家事審判所（後には家庭裁判所）が三次案までは財産分與に直接關與するのであつたが、最後案では、まず當事者の協議があり、それがととのわぬときはじめて家庭裁判所が介入してくるということである。かくて最初の改正要綱が企圖したところは、則ち、裁判所の自由裁量によつて適正な分與財産を決定するという配分秩序は、協議と云う名のもとに第二義的となり、財産分與の目的したところは事實の運營の上で破られる可能性も生じてくる。財産分與の本質^(註八)また明らかでない、實際の運營上實効はあがらない。家庭裁判所は履行の確保まではしてくれないし、又履行されない場合が多い。^(註九)

本邦の財産分與はかゝる立法的背景のもとで誕生した。したがつて財産分與の性格として何を求むべきか、その履行方法はどうかの點が曖昧である。Alimony 制度は後段に述べる如く、法上別居制度のもとで、長い歴史を経て、扶養的性格を中核として、更に財産分與の性格までも含んで來た。そして公的機關による介入によつて強力に離婚婦の保護という離婚法の近代化を進めて來得た。それに反し、わが國の離婚婦の財産的保護の面は歴史がほとんどなく、しかも新立法の途上の妥協によつて、不明確な諸點を負わされてしまつた。

親族法の諸規定は、家族生活の實際と離れた存在たり得ない。常に一方に於いては現在の家族生活に秩序を與え、又他方未來の家族生活を明かるく指向するものでなければならぬ。財産分與の規定立法過程を概觀すると、財産的な面での近代化を遂げようとした過程と、家庭内の些事に法律が介入すべきでないとする十九世紀的個人自由の理念

で、逆に舊態を保持しようとした過程との交錯が見られる。財産分與の率を明示しないで、なお協議による財産分與を認めるのは、この典型である。

さて、夫婦は多くの場合、對外的には一つの經濟單位であるが、夫は自己の名で收入を得、妻の家事勞働の價值は收入と見られない。(特に税金の面などでこゝろいよう。)それにもかゝらず離婚に際して、財産分與は、この妻の家事勞働をもみつもつて、ある場合は夫の不當利得とし、ある場合は夫の收入にその持分を認めて、妻に幾分かを與えようとしている。たとえ財産分與の規定がなくとも、不當利得などの概念をもつて妻の保護はなされよう。又夫婦財産制度の活用によつても保護されよう。しかるに新法はなおこの規定をおいた。これは、家族が近代に於いて徐々に經濟單位として存在し得なくなつて來る反面、個人が個人として社會に對さねばならぬ必然性を内包するが故に、家族的な結合を重視しようとする秩序が、親族法の保守的性格の中から表われて、妻の地位をその個人性において一時的に實質的讓歩をよぎなくさせる傾向があることに基くと考えられよう。しかし妻といへど本來は經濟單位としての個人でありうるから、特に規定を置いて、財産分割が必要なきに、親族法の保守性を制限せんとする意味をもつと考えられよう。云いかえれば「財産分與」のもつている個人性と「分與さるべき財産」のもつている家族性との故に、嚴格なる別産制及び男女平等を追求するためには、かつての夫妻財産制の擴大や、不當利得の概念の延長では到達し得ない諸點が存在するのである。この故にこの規定のもと、かつての夫のための親族法にあつた財産分離の諸規定と本質的に異なり、妻の保護を直接に親族法自體が負わねばならぬ必然性がある。單なる財産清算ならば夫婦財産制がある。法上別居を認めなかつたわが國にあつては、制定法なき限り離婚後に扶養すべき歴史的必然もない。損害賠償とは離婚招來者の資産状態や離婚被害者の扶養必要状態が考慮される點で本質的にことなる。^(註一)その故に、この財産

分與の規定は、親族法秩序を保つための他の諸規定の如く、必ず裁判所の關與あつてしかるべきであると考えられる。^(註十二)改正法案三次案までの規定がとつた、當事者の協議によらず家庭裁判所の裁量によつて決定されるとする規定が、本來的な改正の方向を示している。それが協議離婚を自由に認める立法態度との相貫關係で、財産分與についても「當事者の協議」が條文には入れられてしまつた。しかし、この協議は婚姻の民事契約性にもとづく離婚に於ける個人概念の確立と云う理想追求とは別のものである。この分與協議は解決策として極めて不條理な、それだけに細かな諸點で自由な運用が可能なものである。離婚當事者の意思や、その意思決定に關係する力關係を反影するであらう。又一方實際額の算定の確たる基準を設けなかつたことによつて裁判所は額の決定の繁雜さから逃れ得る。理論上、協議によつて分與することは、額の正確な算定がどのようにしても實際上不可能である故に、いかに分與協議が個人性にのつとつたものであつても、離婚を協議で求めると云うことは本質的に異なり、あくまでも配分秩序の問題として考えねばならない。運用と云う面での妥協として表われたのが此の當事者協議による財産分與と理解される。したがつて眞の意味で親族法秩序の追求される財産分與であれば法定の公權介入がなされて上での運用こそ本來的なものとおもわれる。從來財産分與の性格、特質に關するは、實際面の運用結果から逆に觀察され、それに關して多くの勞作があるが、その規定上の必然性に着目しても又、本質は觀察さるべきである。

(註一) 穂積重遠「民法改正要綱解説」法學協會雜誌四六卷五號九四頁。

(註二) 法律時報二六卷三號四頁以下に「民法改正要綱成立まで」のいきさつが、資料と座談會とにわかれて所收されている。立法者側の見解を、うかがい知ることが出來よう。

(註三) 前掲一四頁。

(註四) 改正案については、法律時報二七卷二號四三頁以下「民法改正法案の立案經過」の資料によつた。

(註五) 當時GHQあたりから、財産分與の額の標準を二分の一なり三分の一なりと定めよ、との要請があり、又國會でも、しばしば論議された。前掲一七頁。

(註六) 前掲一七頁。

(註七) 同上二八頁。

(註八) 同上二九頁。

(註九) 毎日新聞昭和三〇年一月一八日附。

(註一〇) 此の故に最近法制審議會において民法改正の要がさげられ、協議離婚については家庭裁判所による離婚意思の確認の必要が検討されているし、財産分與については①夫婦の財産關係の清算を目的とする財産の分與(または分配)と離婚後の扶養(アリモニイ)とに分けて規定すべきか否か②離婚にとまなう損害賠償(慰藉料)の請求を別に認めるか否かが検討されているということである。平賀健太「民法改正審議經過」ジュリスト九七號三七頁。

(註一一) 外岡茂十郎「親族法」一八三頁。

(註一二) 親族法秩序維持のための規定と云うのは、たとえば婚姻がまつたく自由な個人間の合意にもとづくものでありながら、なお届出が必要であり、しかも、成立要件、受理要件があつて、國家機關がこれに介入してくる。それによつて、法律の保護する親族法秩序が生まれてくる如き、規定を云う。

四、離婚後扶養料の問題

わが國の財産分與は本來清算であつて扶養ではない。しかし離婚後扶養 Alimony の制度類似の概念を導入することなしに運用され得ない。また Alimony それ自體は清算ではないがその意味を清算にまで擴張して來ている結果、離婚法近代化を離婚婦の經濟的保護にとめるについて、本邦と諸外國では、結果的に同一の軌をたどっている。こ

こで英米法を中心として Alimony の態様を考察して、わが國の財産分與概念の中に含まれて理解されながら、歴史的には嘗つて存在しなかつた部分の參考とした。

Alimony の語義は元來 ^(註一) nourishment; sustenance 即ち扶養料と謂う意味であつて、それはローマ法の Alimentum に由來するものである。すなわち離婚又は別居の後に、なお妻及び非獨立兒を扶養せねばならぬ夫の義務で、扶養手當と理解される。最廣義に於いては單なる扶養にとどまらず、配偶當事者の財産關係の調整の意味に用いられる。^(註二)それは勿論其の語の示す如く、妻に對する生活必需品の給與を目的とするが、特にそのためでなくとも、離婚又は別居の判決と同時に規定せられた、すべての財産上の給付命令は Alimony と見なされる。^(註四)すなわち Alimony の内容は、はなはだ廣範圍にわたるのである。

純粹な意味での Alimony が表われたのは中世キリスト教會の離婚非解消主義の原則のもとであつた。離婚は不可能であつたから、それにかわつて別居制度が發達した。夫たり妻たりする身分關係をそのまゝにして、共同生活を斷絶するこの方法は、婚姻中の夫の妻に對する扶養義務を別居後もそのまゝにしておいた。そしてそれは妻の生存中分割拂で支拂われるのが通常であつた。^(註五)この支拂額の決定は、まづたく裁判所の自由裁量によるもので、^(註六)この場合、古くはなお離婚を罪としており、夫の有責に對する罰として Alimony を考える裁判官もあつたから、夫の有責の度合によつて額は増減せられたが、後世、離婚が有責主義の嚴格な追求を放棄した後でも、なお慰藉料と關係を保ちつゝ、^(註七)夫の有責が額を増加させることがあつた。しかし支拂額の増減に最も必要なのは離婚兩當事者の財産内容であつた。妻が充分に資産を有するときは、離婚訴訟時手當 Alimony pendente lite を與えられなかつた。^(註八)Alimony の目的が扶養にあつたからである。

妻に何故かゝる保護が與えられたのであろうか。嘗て英國に於いては議會制定法による離婚^(註九)以外には卓床離婚 *divorce a mensa et thoro* があるにすぎなかつた。前者は費用がかかつた爲、通常はただベッドとテーブルのみの離婚しか得られなかつた。そしてコモン・ロー上、夫と妻は一體で夫であり、夫は妻をカバアすべきものであつた。夫は婚姻によつて妻の動産、すなわち妻の無體動産及び所得の全體に權利を有し、その上夫の妻に對する *Cverture* の存續する限りは、妻の土地の獨占的使用及び絶對的な所有の權限を與えられたのである。そして、この卓床離婚がなされても、婚姻狀態は法律上そのまゝ存續する故、なお妻は自己の財産を支配出來ず、したがつて裁判所が夫に妻の扶養を命じなければならぬ^(註一〇)必然性が存したのである。

コモン・ローはかなり古くから *Alimony* を妻の扶養のために認め、發展させたが一八五七年の *Matrimonial Causes Act (20 & 21 Vict. c.85)* によつてそれは制定法上のものとなつた。又同法によつて裁判所は一定の原因のもとに絶對的な離婚を命じ得る様になつた。この場合 *Alimony* も離婚が卓床離婚でなく完全離婚故に、異つた條件にある。すなわち妻は自らの土地の收入を回復し得たからである。妻の夫に對する扶養請求は、別居制度に基礎をおく^(註一一)のだが何故、完全に他人になつた妻にも扶養料が支拂われるのであろうか。一八五七年制定法の施行直後の事件 (*Fisher v. Fisher* 事件。Madden, *On Persons and Domestic Relations* p.321 以下より要約して引用) は興味深い諸點を提供する。

「この事件に於いて、妻は離婚の解消を選んだ。そして、この點に關して妻は充分有利な條件をそろえている。本官には此の妻の地位が卓床離婚した妻の地位とまつたく同様のものであるとは考えられない。彼女の選んだのは絶對離婚であつた。彼女は告訴するのに好い條件をそろえて離婚を要求したが、この場合、被告である夫は妻の地位に關す

る權利を何か奪つたと考えられる。そして制定法は、あきらかに、彼女が財産上の犠牲を拂つて離婚を得るべきでない」と規定している。いかなる救済も議會制定法や教會裁判所の先例の適用からは得ることが出来ない。だから本官は自らこの事件に適當とされる様に決定せねばならない。本官は妻は貧困に陥るべきではないと考える。更に本官は離婚するについて財産的な諸問題を妻に困難性を與えるのは不適當だと思ふ。云々。」として妻に絶対離婚の後にも、卓床離婚と同様の扶養料を與えた。すなわち扶養料を支拂う基礎は單に婚姻狀態の下にあつたからではなくて、妻が生活に困るからと云うことに在るのである。しかし、絶対離婚のもとの Alimony をあくまでも扶養と見ることは、卓床離婚の場合とくらべて理論的には不條理である。この場合なお Alimony を一種の罰と考える傾向の殘照なお存在するのである。^(註一二)更に夫婦の財産關係の清算や生活不能者の發生防止などの社會的考慮の要素も含まれているだろうが、それを傳統的に支えるものはコモン・ロー上の夫婦一體の法理及び教會の婚姻非解消主義のもと、夫の妻に對する扶養の義務を確立し、夫の恣意によつて、妻を養う道德義務から逃れしめるべきでないと云う、自然的な正義感に發しているとせられるのである。^(註一三)

英國教會裁判所によつて妻に與えられた Alimony は云うまでもなく夫と妻の兩方が生存している間だけ支拂われ^(註一四)たということは Alimony の扶養的性格から當然のことであろう。卓床離婚下であれば、その妻が未亡人となつたとき寡婦產 dower の權利を夫の財産にもちうる。この寡婦產は、夫が單獨で相續できる土地を保有していた場合、寡婦はその土地の三分の一に對して生涯權を享有し得たのであり、やはり寡婦の扶養にあてられるものである。^(註一五) Alimony の額をどの位にするか決定する場合、裁判所は兩當事者の具體的な條件を考慮に入れて——例えば、夫の收入能力、當事者の經濟的、社會的地位、妻の特有財産の有無、有責か無責かなどを斟酌して——決定するが、一般の標準は夫

の財産乃至收益の三分の一を普通としてゐる。勿論これは二分の一にも、四分の一にも出来るが、三分の一が英國教會裁判所以來の傳統であり、それは又 *dower* が夫の財産の三分の一であることにも關係があるのである。これは夫から離婚された妻が三分の一以下の割合の *Alimony* しか與えられないなら、夫は離婚しながら、なお *dower* の負擔をまぬかれ得るからであるとせられる。*Alimony* は *dower* とは本質的に異なりながら、やはり *dower* の性質をも持つてゐるのである。

本來、*Alimony* は扶養であるから財産分與 *division of property* とは區別して考えねばならない。財産分與は明らかに夫婦財産の清算に外ならぬ。しかし *Alimony* が卓床離婚の扶養料の原意から擴張されて、絶對離婚後にも與えられるものとされると、扶養的性質のみにとどまらず、分割財産の額の算定や、分割の方法などで財産分與の性格をも帯びて來た。現在 *Alimony* と *division of property* とを明確にわけることが困難なことであるとされている。^(註一八) アメリカに於ける *Alimony* について判例の一致した見解は、妻への支拂が定期的になさるべきで、特定の財産そのものを妻に譲渡させる形によつてなさるべきではないとしてゐる點で財産分與と一線を畫してゐるが、例外として、なお全額一時拂い *in gross* の形式をとることを許す判例もある。^(註一九)

英國教會裁判所に於いて *Alimony* は妻が有責のとき與えられなかつた。そしてアメリカに於いても判決は同様の結果を與えているが、例外的になお、ある州では制定法で明白に、又は言外に意味を含ませて、裁判所の自由裁量で妻に扶養料をあたえることがある。こゝで考慮されるのは妻の夫の財産への寄與貢獻や妻の有責と夫の無實の度合、更には妻の扶養の必要であつた。^(註二〇) 云いかえると妻が有責の場合でもなお且つ、かつての妻の寄與貢獻を失わしめぬと云ふ點で財産分與的である。財産分與ならば婚姻義務違背が必ずしも分與否定の條件にならないからである。

一般準則が上記の如くであつても、その決定に關しては、裁判所の裁量が自由になされ、Alimonyの額の決定も、その修正も、すべて裁判所の介入するところであり、この點本邦に於ける財産分與制度とは本質的に異つたものがある。裁判理念上の當否はしばらくおくも、そうすることが、經濟的劣位配偶者の救済に關しては、特に、離婚制度が有責主義から目的主義に轉換していく途上では、衡平であると思われる。

(註一) 大江健次郎「米國における離婚制度」三十五頁。

(註二) William Seagal "Alimony" Encyclopedia of Social Science Vol.1. p.642.

(註三) Alimony の意義は判決中になされねばならぬ。Alimony は妻それ自體の權利ではなく、それを命ずるか、否かは、裁判所の權限である。離婚後、扶養的性情を有する Alimony を求めることが不可能であり、又 Alimony の請求は離婚の訴は從屬し、獨立した存在を有しない。大阪谷公雄「アメリカに於ける離婚扶助料」民商法雜誌二四卷三號七頁以下。

本邦の財産分與請求權は、七六八條によつて法認された、離婚の特別餘後効的な財産効果であると云わねばならない。協議離婚の成立で、當然に配偶者の一方に、分與請求が生ずるのだから、他方にとつては、一種の無過失責任が認められるわけである。中川善之助「註釋親族法」(上)二六三頁。

(註四) 大江健次郎、前掲書三一五頁。大阪谷公雄、前掲二頁以下。

(註五) Madden, On Persons and Domestic Relations p.319.

(註六) Madden, op. cit. p.319.

(註七) William Seagal, op. cit. p.643.

(註八) Madden, op. cit. p.326.

(註九) かつて、英國に於いては、卓床離婚のほかに、議會制定法により離婚が出来たが、費用の點で、一般には事實上不可能であつた。この點、穂積重遠「離婚制度の研究」が詳しく、制度全體について參照することが多かつた。

(註一〇) Madden, op. cit. pp. 319, 320.

(註一) Max Reinstein "Trends in Marriage and Divorce Law of Western Countries"; Law and Contemporary Problems, Vol. 18, winter (1953) No.1, p.3.

(註一) William Seagel, op. cit. p.643.

(註二) 山本笑子「英法における扶養義務について」法學論叢五九卷五號一〇四頁。

(註四) Madden, op. cit. p.323.

(註五) しかし一八三三年の Dower Act は一八三四年以後婚姻する妻について、夫が無道言で且つ寡婦產廢除の宣言をしなかつたときのみ dower を認め、更に一九二六年以降は廢された。Alimony の意味の擴大と對比して興味をひくところである。

(註一六) 大阪谷公雄、前掲九頁。

(註一七) 大江健次郎、前掲書三二二頁。

(註一八) 大江健次郎、前掲書二〇五頁。

(註一九) 大阪谷公雄、前掲八頁。

(註二〇) Madden, op. cit. p.323.

五、離婚自由のための財産分與

財産分與は Alimony と異つて扶養ではなくて本質的には離婚による夫婦の財産關係の清算であると理解される。したがつて離婚兩當事者の有責無責や、一方が扶養を必要とする事實よりも、現存する財産の多寡や、その財産形成に誰がどれほど貢獻したかが、第一義的に考えられなければならない。云いかえると有責の妻の場合でも、嘗つて夫と協力してその財産を増加させ、又は減少するのを防いだ實際上の經濟的利益を失わせるのは適當とは考えられないと云うことである。^(註一) Alimony の場合、有責の妻には與えられなかつた。^(註二) 自らの離婚原因でなお扶養料を得るなら、正に離婚は採金業者の舞臺であると考えられたからである。^(註三) それにもかかわらずアメリカのある州では適當と考えら

れるとき有責の妻にも扶養料を與えると云う制定法又は先例を有するところがある。これは夫婦協力してなした蓄財の存在にもとづくのである。^(註四)この考え方は明らかに財産分與的である。しかもこうして離婚夫婦間の衡平を保つのであつた。

わが國の財産分與も、剩餘協同制類似の觀念で、名儀が誰のものでも配偶者の一方は、分與すべき財産の中に自己の持分を實質的に有するものと見^(註五)、それを清算すると思へられる。更に、分與する財産が僅かでも、夫の所得能力がそれまでに形成されている場合、それも妻の協力によつて得られた無形の財産と考へて分與財産に加へるとも理解される。^(註六)かくて夫の収入の中から分割で妻に支拂われ、妻の扶養手當となるであらう。

結局、財産分與の目的は離婚の自由の確保にあり經濟的劣位配偶者の犠牲で離婚がはじめて得られることのない様、存在するのである。この點では、Alimony も財産分與も同一の目的を有するし、同一の結果を招來するのである。すなわち、一方、財産の個人性と家族の經濟單位性に着目すれば、離婚によつて財産關係を清算して、扶養にたりず、又衡平に反するときは、夫の扶養能力までも追求して分與財産を決定することになるし、他方、夫婦中心の生活協同體における扶養が常に他の扶養に優先する點に着目すれば、扶養金額の決定に財産狀態への考慮が、扶養の必要と同様、重要なのである。

しかし Alimony は扶養の必要があれば適當に額の増減を要求できるに反して、財産分與は清算であるから、清算後に扶養の必要が生じた場合、額の増減は認められない。わが國の財産分與は離婚當事者の協議で定められる。しかもこの協議が一旦なされたが最後、當事者の一方は原則として家庭裁判所に協議にかわる處分を請求できない。^(註七)協議による財産分與が、理論上も實際上も不合理なのは前述したが、この協議の段階で、經濟上劣位配偶者が不利益を蒙

ることが多いのである。現今、民法七六八條の改正意見が、Alimony 概念を導入し、額の増減等事後の必要に役立て、又家庭裁判所の機能を活用して、清算概念のみにとらわれない、自由な離婚を確保する經濟條件を用意しようとしているのは、理論上及び實際上の要請によるものが多いとする以外に、反面現在の財産分與制度の必然的にたどつて行く性格の一面をものがたつているといえよう。財産分與にも、分與額の算定には、双方の責任や特有財産の多少などとならんで、分與された者の生活上の必要と生活程度及び分與を受けるものの扶養の必要が問題になつて來るのである。注意すべきは扶養のこの概念が「扶養の必要」のために擴大せられて來ていると云うことである。純粹な扶養の意味から派出される種々の要件の充足よりも、ただ單に一方配偶者の貧困のみを問題とするのである。これは社會扶養が、ある特定の要件のもとで、同居親族の扶養に先行してなされることが對比して考えられねばならない。^(註八)離婚法の近代化は、又社會化でもある。

(註一) 我妻榮「改正親族法相續法解説」七三頁以下。

(註二) 大江健次郎「米國における離婚制度」三三四頁以下。

(註三) William Seagal, Encyclopedia of Social Science, p.643.

(註四) American Jurisprudence Vol. 17. p.478.

(註五) 柚木馨「親族法」一七八頁。

(註六) 我妻榮、前掲書七三頁。

(註七) 大阪高裁昭和二七年一月一七日決定。家庭裁判月報昭和二八年四號四二頁。

(註八) 中川善之助編「註釋親族法」(下卷二)三六頁。